

"Abayay, Marcos Eduardo s/ Inc. apel. de prisión preventiva"

C. 79.120/II

San Isidro, 20 de mayo de 2015.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver el recurso de apelación deducido contra el resolutorio que en copia obra a fs. 1/14.

Y CONSIDERANDO: El Sr. Juez Cayuela dijo: I) Llega el presente incidente nuevamente a conocimiento de esta Alzada luego de que el Juez de Garantías subsanara el defecto apuntado por este Tribunal en la decisión suscripta en el marco del Acuerdo celebrado el pasado 20 de abril, y resolviera disponer la libertad por falta de mérito de Marcos Eduardo Abayay, que no se hizo efectiva, en orden al delito de abuso sexual calificado (art. 119, párrafo 3ro., inciso d del Código Penal).

Corresponde, entonces, avocarse al conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la Defensa Oficial de Abayay, cuya suspensión se dispuso hasta tanto se enmendara el defecto apuntado en la primigenia decisión.

II) El recurso de apelación originariamente deducido por el encartado y su Defensa Oficial se dirigió contra el resolutorio que en copia obra a fs. 1/14 por el que el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías n° 2 Dptal., Dr. Orlando Díaz, resolvió convertir en prisión preventiva la detención de Marcos Eduardo Abayay por considerarlo probable autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada, amenazas agravadas, tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y tenencia ilegal de arma de guerra todos ellos en concurso real, previstos por los arts. 45, 55, 142 bis inciso 1ero., 149 bis segundo párrafo, 189 bis inciso 2do. párrafos primero y segundo del Código Penal.

Los agravios de la Defensa se dirigieron contra la materialidad infraccionaria y la medida de coerción dispuesta con relación a Abayay. Respecto del primer punto, adujo que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos por las estructuras típicas previstas para los delitos de privación de la libertad agravada y amenazas agravada. Explicó que el imputado y la víctima experimentaron situaciones conflictivas propias de cualquier pareja que transita una etapa de separación. Acomodó su tesis a los dichos del imputado en cuanto habría referido que junto con su ex pareja, durante el día en que sucedieron los hechos, compartieron situaciones cotidianas propias de cualquier familia, sin contenido violento.

En punto a la medida de coerción, señaló que la pena que se espera como resultado del procedimiento no puede constituir un obstáculo para que el imputado, mientras goce

de su estatuto de inocente, transite el proceso penal en libertad. Agregó que el Juez de Garantías incurrió en una doble valoración de las características del hecho puesto que tuvo en cuenta, para estimar un agravamiento de la pena, circunstancias que ya integran cada una de las tipicidades escogidas.

III) Abierta la jurisdicción del Tribunal, debe decirse que la admisibilidad del recurso interpuesto por la Defensa ya fue zanjada en la resolución obrante a fs. 42/45, por lo que corresponde ratificar lo allí dispuesto (arts. 421, 433, 439, 441, 442, 447 y ccdtes. del C.P.P.).

IV) a. El Juez de Garantías ha dado por acreditado que: **HECHO I:** "Que el día 12 de diciembre de 2014 siendo las 11.00 aproximadamente, en circunstancias en que Hogas Mariana Soledad se encontraba junto a sus hijas Julieta y Victoria en la calle Pozo de Vega y su intersección con la calle Independencia de la localidad de Los Troncos, Partido de Tigre, Prov. de Bs. fueron interceptadas por el aquí imputado Abayay Marcos Eduardo quien las llevó a empujes hasta su domicilio sito en la calle Mozar 413 de la localidad de Los Troncos. Que estando en el interior del domicilio Abayay comenzó a reclamarle a su ex pareja Hogas la entrega de un arma de fuego calibre 22 Marca Pasper N° de serie 325774 junto con 8 proyectiles que días antes la nombrada se había llevado del domicilio conyugal por temor a que la mate. Que así las cosas procedió a cerrar la puerta de ingreso del domicilio con llaves impidiéndole la salida de la misma a Hogas y sus hijos menores de edad. **HECHO II:** Que bajo las mismas circunstancias de modo y lugar siendo las 00.00 aproximadamente el aquí imputado tomó con sus manos un arma de fuego tipo tumbera y apuntando en la cabeza y pecho de Hogas le refirió dichos amenazantes tales como "aunque no tenga la otra arma te voy a matar igual" generando temor en la víctima...".

Ahora bien, sobre la calificación legal, la Sra. Defensora se agravió de que el Juez mantuviera la imputación de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada (art. 142 bis del C.P.) y amenazas agravadas (149 bis del C.P.).

b. Antes de ingresar al tratamiento de los puntos de agravio formulados por la recurrente, entiendo prudente señalar que nos encontramos frente a un caso de violencia doméstica y de género, lo cual exige abordar el estudio de la evidencia bajo un criterio de amplitud probatoria para acreditar los hechos.

No es posible soslayar las connotaciones propias de los hechos de violencia que se desarrollan dentro de una relación de pareja conviviente. En ese marco, el relato de la víctima cobra especial relevancia siempre que resulte fiable y se encuentre corroborado

por indicios que, en conjunto, permitan abonar razones suficientes a la conclusión que se predique.

Es claro que el derecho penal posee una función fragmentaria pues se encarga de segmentar determinados fenómenos, considerados nocivos en función de la afectación que profieren para la jerarquía de valores que cada sociedad elabora para garantizar su pacificación y normal funcionamiento. Sin embargo, en un contexto de violencia doméstica, dentro del cual se enmarcan las constantes agresiones sufridas por la víctima, la segmentación no puede obviar un enfoque integral del caso. Este enfoque debe comprender, por un lado, el tiempo de victimización, continuado en función de la reiterancia de comportamientos agresivos, lo que se ve reflejado en una escalada de violencia que se incrementa a cada momento y del mayor riesgo que de ello se deriva para la víctima. Y por el otro, es necesario abordar el flagelo social que importa la violencia de género o doméstica a partir de su carácter pluriofensivo: concurren diferentes modalidades típicas que agravan la situación de la víctima sumiéndola en daños y maltratos físicos, psíquicos, amenazas, hostigamiento y humillación que llevan a negar el reconocimiento de su dignidad como persona y, en ocasiones, su existencia cuando se alcanza un desenlace fatídico.

La ley 26.485, en las disposiciones que se aplican en todo el territorio de la República, garantiza el derecho a las mujeres a vivir sin violencia, a que se les provea de las condiciones para prevenir y erradicar actos de violencia, garantiza la seguridad personal de las mujeres víctimas de violencia y la evitación de toda conducta, acto u omisión que produzca la revictimización. También define expresamente la violencia física y la violencia doméstica, incluyendo las uniones de hecho y las parejas, relaciones vigentes o finalizadas, o incluso cuando ya no hay convivencia. La ley de mención es regulatoria de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (arts. 1, 2 incs. b y c, 3 inc. b y k, 4, 5 inc. 1, 6 inc. a de la ley 26.485 y Convención de Belem do Pará aprobada por la ley 24.632).

La C.S.J.N. en el caso “Góngora” (G. 61. XLVIII, del 23 de abril de 2013) estableció, en función del alcance dado al artículo 7 inciso f) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (“*Convención de Belem do Pará*”, aprobada por la ley 24.632), la obligación del Estado argentino de “...establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio de oportunidad y el acceso efectivo a tales procedimientos...”.

c. Sentado ello, debo ingresar al tratamiento de los agravios relativo a la calificación legal de los hechos imputados.

La doctrina más consultada en la materia considera que la privación de la libertad personal comprende a la persona desde un sentido físico, de manera que la libertad a valorar es la de movimiento, en el sentido de poder trasladarse libremente de un lugar a otro; libertad de la que se priva a un sujeto mediante el acto de encerramiento, que se configura cuando se priva alguien de la libertad de concurrir a determinado lugar, sin que el autor que lo niega tenga derecho a esa exclusión, lo que define el carácter antinormativo de la lesión. *Tampoco es necesario que exista abducción de la víctima ya que basta que ésta pueda ser detenida en su propia casa y se la prive de salir.* En cambio, si es posible salir del lugar de encierro sin riesgo personal, considerable esfuerzo o sin tener que lidiar con situaciones dificultosas que comprometan la integridad física o incluso la vida de la víctima, tampoco hay privación de la libertad (SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Ed. Tea, año 1963, pp. 40-41).

Y en particular, respecto de la figura agravada prevista por el artículo 142 bis del C.P., la jurisprudencia ha resuelto que las acciones típicas de sustraer, retener y ocultar distinguen una conducta que tiene características de secuestro de la víctima, esto es, que en cualquiera de estas tres formas que adopta, la privación de la libertad debe tener notas de tiempo, por una parte, y de real libertad de acción del delincuente con dominio de la víctima, por la otra (CNCrim. y Correc., sala III –Massoni, Ocampo, Loumagne- (sente. “P”, sec. 17), c. 23.429, “Naso, Agustín”, 1990/04/17).

A nivel del tipo subjetivo, la doctrina también acepta que la estructura típica exige la configuración de un elemento subjetivo distinto al dolo, esto es una ultraintención: las acciones deben realizarse para obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo en contra su voluntad (“Código Penal Comentado y Anotado”. Director Andrés José D'Alessio, 2º Edición Actualizada y Ampliada. Tomo II., La Ley, año 2009, p. 381).

En el caso de autos, María Soledad Hogas sostuvo que el día 12 de diciembre de 2014, alrededor de las 11.00, salió a efectuar compras junto a sus hijas, cuando Abayay la interceptó, comenzó a insultarla y a empujones la llevó a su casa. Al llegar notó que se encontraba en el lugar otro hijo del imputado. En ese contexto, *Abayay comenzó a reclamarle la devolución del arma que se había llevado la denunciante, bajo amenaza de que la iba a matar.* Inmediatamente, el imputado envió a su hijo a buscar al colegio a sus hermanos, cerró la puerta con llave, diciéndole que de allí no se iba a ir y la insultó reiteradamente. A las 20.30, y luego de que Abayay la maltratara toda la tarde delante

de sus hijos, comenzó a preparar la cena para evitar que la siguiera agrediendo. A las 00.00, el imputado aumentó el nivel de agresividad, mediante insultos, a la vez que tomó de una repisa un arma de fuego chica y con ella le apuntó a la cabeza y en el pecho mientras le decía “aunque no tenga la otra arma, te voy a matar igual”. Luego, dejó el arma en la repisa, continuó con los insultos y la tomó por la fuerza, la arrojó a la cama, le quitó la ropa y finalmente abusó sexualmente de ella por vía vaginal. En horas de la mañana, se levantó haciendo de cuenta que no había sucedido nada y le solicitó a su hija Julieta que fuera a la casa de su abuela Zulma y pidiera ayuda (fs. 1/2).

En sede fiscal, Hogas manifestó que el día de los hechos, al medio día, Abayay le dijo a su hijo Lucas que fuera a buscar a sus hijos a la escuela mientras terminaba de hacer un asado. Cuando llegaron sus hijos, comieron todos juntos y se quedaron en casa. A la tarde, Abayay empezó a alterarse y le reclamó un arma de fuego que días antes había retirado de su casa porque con ella la había amenazado con matarla. Durante toda la tarde le exigió la devolución del arma. Por la noche, luego de cenar, el imputado aumentó el nivel de violencia, sacó un arma de una repisa y le vociferó que de igual forma la iba a matar, mientras le apoyaba el arma en el pecho y en la cabeza. Posteriormente, ella trató de calmarlo, él la abrazaba y le decía “cosas lindas al oído pero de golpe se sacaba y volvía a reclamar el arma”. En un momento determinado, empezó a decirle que la amaba y tuvieron relaciones sexuales *consentidas*. Al otro día, es decir el 13 de diciembre, se levantaron y tomaron mate. Ese mismo día era el cumpleaños de la declarante, razón por la cual pusieron música y en un momento dado le dijo a su hija Julieta que, cuando Abayay se retirara para comprarle un regalo, fuera a la casa de su abuela a pedir ayuda. A las 16.00, Abayay le solicitó que la acompañe a comprar un repuesto para la moto y cuando volvieron Julieta ya no estaba. Entonces, el imputado le dijo que la fueran a buscar a la casa de su abuela. Al llegar allí, Hogas entró a la casa sola y no salió más (fs. 73/74).

Por su parte, la abuela de la víctima explicó que en diversas oportunidades presenció cuando su nieta concurría al domicilio de su hijo, luego de ser agredida tanto verbal como físicamente por Abayay. Asimismo, destacó que su nieta casi nunca salía de la vivienda que comparte con Abayay, o bien lo hacía a escondidas por miedo a sufrir represalias (ver fs. 4). En sede fiscal, la declarante agregó que cuando Hogas recurría a su domicilio, luego Abayay la convencía para llevarla nuevamente a su casa (ver fs. 75/76).

De los relatos transcritos, concluyo que el imputado anuló la capacidad de la víctima para disponer de su libertad durante el tiempo en que se mantuvo el encierro en su domicilio y que transcurrió entre los días 12 y 13 de diciembre de 2014.

Pienso que el amedrentamiento sufrido por la víctima, no sólo mediante la intimidación generada a partir del cuadro de violencia general que ya connotaba la relación de pareja, anuló cualquier posibilidad de resistencia a vencer la privación a la que fue sumida. Nótese que Hogas se encontraba tan atemorizada por la agresividad desplegada por su entonces pareja que decidió preparar la cena y mantener una apariencia de normalidad en el desarrollo de la convivencia, a fin de evitar cualquier agresión física o psíquica.

La intención por la cual comenzó esta privación de la libertad, además, contó con la exigencia de la devolución del arma que le había retirado al imputado lo cual abastecería las notas típicas de la figura agravada de la privación ilegítima de la libertad.

Es cierto que este segmento de la imputación que afirmaría la configuración del elemento subjetivo distinto al dolo, que reclama la figura en trato, luego, aparecería diluido únicamente en la finalidad de la privación de la libertad estrictamente. Es decir, parecería que esa finalidad que persiguió inicialmente el imputado luego quedó comprendida más extensamente por la situación de conflicto general, es decir el reclamo del arma pasó a un segundo plano y la privación de la libertad tuvo como fin agudizar e incrementar la escalada de violencia que definía la relación de convivencia.

De todos modos, en esta instancia del proceso, entiendo que, con la evidencia colectada, la imputación de la privación ilegal de la libertad agravada debe ser avalada, sin perjuicio de lo que pueda resultar, luego, de un eventual juicio oral en el que se ventilen con mayor precisión los extremos fácticos de la imputación penal.

Todo lo expuesto hasta aquí queda refrendado por el informe obrante a fs. 87/90 por medio del cual la Lic. Ghiotto, luego de estudiar y analizar el contexto social, definió la situación como de alto riesgo y se tuvo en cuenta para ello los relatos de la víctima circunscriptos al maltrato físico, psicológico y sexual que, en ocasiones, se traducían en amenazas de muerte y en restricción de la libertad ambulatoria.

Bajo este cuadro probatorio, entiendo acreditado, con la probabilidad que exige esta etapa procesal, el delito de amenazas agravadas (art 149 bis del C.P.). Pues bien, la víctima dio un relato precisó en torno a las amenazas que sufrió por parte del imputado quien para cumplir ese cometido empleó un arma. Por si fuera poco, además del arma que presentó la víctima en la comisaría, durante el allanamiento se secuestró una más;

estas evidencias directas abonan la versión de la víctima y echan por tierra la versión alternativa desarrollada por la Defensa.

En suma, entiendo que con estos elementos e indicios se encuentran acreditados los extremos del art. 157 incs. 1º y 3º del C.P.P. respecto de la probable responsabilidad penal de Marcos Eduardo Abayay.

V) Conforme lo expuesto, corresponde analizar si debe ratificarse la medida de coerción decretada (arts. 434 y ccdtes. del C.P.P.).

El mínimo de la escala penal resultante del concurso de delitos que se le reprochan al encartado no permitiría la imposición de una pena de ejecución condicional pues parte de los cinco años de prisión (arts. 148 inc. 2º y 169 a contrario del C.P.P.).

Con este panorama, la medida cautelar que priva de la libertad al imputado, por el momento, resulta necesaria para asegurar el desarrollo del procedimiento y la eventual aplicación de la ley material.

Cabe recordar como corolario, y en respuesta a los agravios de la Defensa, que la pena en expectativa, resulta un parámetro válido para analizar la libertad del encartado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyos informes deben servir de guía para la interpretación de las convenciones sobre derechos humanos (CSJN en Bramajo LL, 1196-E-411, Romero Cacharane, del 9/3/04) sostuvo en el informe 12/96, del 1ro. de marzo de 1996 que "tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido", extremos ambos, que se dan en el presente caso.

Por lo expuesto, postulo confirmar la resolución puesta en crisis, en todo cuanto decide y fuera materia de recurso (arts. 144, 146 inc. 3, 148, 157, 158, 434, 439, 447 y ccdtes. del C.P.P.).

El Sr. Juez Pitlevnik dijo: Adhiero mi voto al de mi Colega preopinante, Dr. Cayuela, por los mismos motivos y fundamentos.-

Por ello el Tribunal, **RESUELVE:**

I) DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación que fuera interpuesto contra el auto que en copia obra a fs. 1/14, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 421, 433, 439, 442 y 443 del C.P.P.).

II) CONFIRMAR el auto que en copia obra a fs. 1/14, en cuanto convierte en prisión preventiva la detención de **Marcos Eduardo Abayay**, por considerarlo probable

autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada, amenazas agravadas, tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y tenencia ilegal de arma de guerra, todos ellos en concurso real, conforme los arts. 45, 55, 142 bis inciso 1ero., 149 bis segundo párrafo, 189 bis inciso 2do. párrafos primero y segundo del Código Penal, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 42 y 79 del C.P.; 144, 146, 148, 157, 158, 434, 439, 447 y ccdtes. del C.P.P.).

Regístrese, actualícese el RUD, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen, sirviendo el presente de atenta nota de envío.-

FDO: LEONARDO G. PITLEVNIK- LUIS C. CAYUELA

Ante mí: ADRIANA R. ERNAGA